

## **TI\_GERICHTE 12.2004.119 vom 10. Oktober 2005**

TI Tribunale d'appello, 2005-10-10, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2004.119](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2004.119)

FR: TI\_GERICHTE 12.2004.119 du 10 octobre 2005

IT: TI\_GERICHTE 12.2004.119 del 10 ottobre 2005

### **Regeste**

appalto - difetti - diritto di scelta del committente - minor valore - metodo relativo - risarcimento danni

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 10.10.2005 12.2004.119

appalto - difetti - diritto di scelta del committente - minor valore - metodo relativo - risarcimento danni

Incarto n. 12.2004.119 Lugano 10 ottobre 2005/fb In nome della Repubblica e Cantone Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Cocchi, presidente, Epiney-Colombo e Walser segretario: Bettelini, vicecancelliere sedente per statuire nella causa inc. no OA.97.37 della Pretura della giurisdizione di Mendrisio sud promossa con petizione 27 marzo 1997 da AO 1 rappr. da RA 2 contro AP 1 rappr. da RA 1 chiedente la condanna della convenuta al pagamento dell'importo di fr. 30'000.-, aumentato a fr. 88'950.- in sede di replica, oltre interessi e spese esecutive, nonché il rigetto dell'opposizione interposta al PE no 477413 dell'UE di Mendrisio, domande alle quali la convenuta si è opposta, chiedendo in via riconvenzionale la condanna dell'attore al pagamento dell'importo di fr. 40'000.-, aumentato in sede di conclusioni a fr. 143'000.-; domande sulle quali il Pretore si è pronunciato con sentenza 4 maggio 2004, condannando la convenuta al pagamento dell'importo di fr. 23'350.- oltre interessi e rigettando l'opposizione al PE in oggetto, mentre ha respinto la domanda riconvenzionale. Appellante la convenuta con atto d'appello 24 giugno 2004, con il quale chiede la riforma del querelato giudizio "nel senso che la petizione AO 1 è respinta, in quanto compensata dal credito di fr. 83'500.- (fr. 71'000.-- + fr. 12'500.--) della signora AP 1 a titolo di risarcimento danni" mentre l'attore con osservazioni 31 agosto 2004 postula la conferma della sentenza impugnata; letti ed esaminati gli atti e i documenti prodotti ritenuto in fatto: 1. AP 1 committente, e AO 1, appaltatore, hanno stipulato un contratto d'appalto per la costruzione di una casa unifamiliare sulla particella no 1245 RFD \_\_\_\_\_, pattuendo una mercede di fr. 305'000.-. In data 11 dicembre 1989 AO 1 ha inviato alla committente una situazione contabile indicante l'esecuzione dei lavori previsti da contratto per complessivi fr. 305'000.-, di cui fr. 250'000.- già pagati, e di lavori supplementari per fr. 83'950.- per i quali era stato versato un acconto di fr. 20'000.-. Richiamando accordi precedentemente intervenuti con i quali era stata concordata una mercede complessiva di fr. 55'000.- per opere supplementari, egli ha quindi proposto una liquidazione a saldo di fr. 90'000.- e, in pari tempo, ha preannunciato l'intervento di alcune ditte per l'eliminazione di infiltrazioni d'acqua nel garage. Con un successivo accordo del 10 febbraio 1992 le parti hanno poi convenuto di liquidare le opere con un importo di fr. 45'000.--, con rinnovo dell'impegno dell'AO 1 di provvedere all'eliminazione delle infiltrazioni a livello del

garage. Della somma pattuita sono stati versati solo fr. 15'000.-. Su istanza di AP 1, con decreto 4 ottobre 1994 il Pretore ha ordinato l'allestimento di una prova a futura memoria intesa a determinare l'origine dei difetti ed indicare i possibili rimedi e i relativi costi. Il referto è stato consegnato il 5 dicembre 1994 e il successivo complemento il 25 gennaio 1996. 2. Con petizione 27 marzo 1997, AO 1 ha chiesto la condanna di AP 1 al pagamento dell'importo di fr. 30'000.- quale residuo della mercede dell'appalto e il rigetto dell'opposizione interposta dall'escussa al PE no 477413 dell'UE di Mendrisio, rilevando che controparte non aveva alcun motivo per rifiutarne il pagamento, atteso che le infiltrazioni d'acqua nel garage erano state nel frattempo eliminate. Con risposta 30 novembre 1998 AP 1 si è opposta alla petizione. Essa sostiene di aver a suo tempo riconosciuto la liquidazione di fr. 45'000.- stante la promessa dell'attore di procedere ad eliminare le infiltrazioni nel garage. L'intervento di riparazione, da eseguire ancora nel 1989, sarebbe però stato intrapreso solo dopo un'attesa di quasi 10 anni, senza tuttavia risolvere definitivamente il problema. Essa ha quindi chiesto il risarcimento dei danni subiti, quantificati in fr. 70'000.-, così composti: fr. 12'500.- costi della prova a futura memoria fr. 20'000.- minor valore dell'opera fr. 2'400.- spese per l'emissione di una cartella ipotecaria in sostituzione del sequestro dell'immobile fr. 400.- ripetibili assegnate nella procedura di rigetto dell'opposizione fr. 15'450.- prestazioni dell'architetto C \_\_\_\_\_ fr. 13'300.- minor valore del terreno pertoccatole nell'ambito della lottizzazione del terreno Operata la compensazione con il credito dell'attore, la convenuta ne chiede la rifusione del residuo importo di fr. 40'000.-. 3. Con la replica 15 gennaio 1999, l'attore ha aumentato la propria domanda a fr. 88'950.-, pari alla mercede ancora scoperta, tenuto conto del compenso di fr. 305'000.- stabilito per contratto e di lavori supplementari per fr. 98'950.-, dedotti gli acconti ricevuti. In merito ai difetti, ha rilevato di aver proceduto a proprie spese alla loro sistemazione, dando seguito alle proposte d'intervento formulate dal perito nella perizia a futura memoria. Contesta poi le singole pretese della convenuta per risarcimento del danno. Con duplice 22 gennaio 2001 la convenuta ha confermato le proprie domande e allegazioni. Contestata l'esistenza di lavori supplementari, tutte le opere eseguite essendo previste dal contratto, ha rilevato che il pagamento del saldo della mercede era subordinato all'eliminazione dei difetti, non ancora completamente avvenuta. 4. Con le conclusioni l'attore ha confermato le proprie domande di replica. La convenuta, dal canto suo, ha aumentato la propria domanda di risarcimento a fr. 143'000.-, rilevando che malgrado gli interventi eseguiti i difetti non sono stati eliminati e la loro completa eliminazione non sarebbe neppure possibile. Il costo indicato dal perito per un intervento riparatore a regola d'arte sarebbe di fr. 81'000.-, a cui andrebbero aggiunti fr. 20'000.- per il minor valore dell'opera, dovuto al riempimento della parte retrostante il muro con materiale non idoneo, il cui risanamento non sarebbe proponibile. Sommati questi importi a quelli già esposti in sede di petizione, ne risulterebbe un danno di fr. 173'000.-, compensato per fr. 30'000.- con la pretesa dell'attore. 5. Con sentenza 4 maggio 2004 il Pretore ha accolto la petizione limitatamente all'importo di fr. 23'350.- oltre interessi al 5% dal 5 settembre 1996, rigettando l'opposizione interposta al PE per pari importo. Il primo giudice ha ritenuto vincolante l'accordo intercorso tra le parti in merito alla liquidazione delle opere, e ha quindi ritenuto provata la pretesa di fr. 30'000.- come fatta valere dell'attore in sede di petizione. Ha poi respinto la pretesa compensatoria della convenuta, ritenendo impossibile attribuire con certezza l'origine dei difetti all'operato dell'attore. Ha quindi messo a carico dell'attore metà delle spese della prova a futura memoria, respingendo invece le ulteriori pretese. 6. Con appello 24 giugno 2004 la convenuta postula

la riforma del giudizio di prima istanza “nel senso che la petizione dell'AO 1 è respinta, in quanto compensata dal credito di fr. 83'500.- ... della signora AP 1 a titolo di risarcimento danni”. Con osservazioni 31 agosto 2004 l'appellato postula la conferma della sentenza impugnata. Considerato in diritto:

7. Con il proprio appello, la convenuta non chiede più l'accoglimento della domanda riconvenzionale, così come non rimette in discussione il diritto dell'appellato al pagamento dell'importo di fr. 30'000.- oggetto della petizione. Contestata rimane invece l'esistenza, negata dal Pretore, del credito da essa vantato per difetti dell'opera, che pone in compensazione alla pretesa della controparte. Le parti sono unanimi nel considerare il rapporto in essere quale appalto, retto dagli art. 363 seg. CO. Giusta l'art. 368 cpv. 2 CO, se l'opera è così difettosa che riesca inservibile per il committente, o che non si possa equamente pretendere dal medesimo l'accettazione, egli può ricusarla e chiedere inoltre, quando siavi colpa dell'appaltatore, il risarcimento dei danni. Qualora però i difetti siano di minore entità, il committente può diminuire la mercede in proporzione al minor valore dell'opera, o chiedere, se ciò non cagioni all'appaltatore spese esorbitanti, la riparazione gratuita dell'opera e nel caso di colpa anche il risarcimento dei danni (art. 368 cpv. 2 CO). Di principio il committente è legato alla scelta di uno dei mezzi di difesa offerti dalla legge, tosto che ne ha dato comunicazione all'appaltatore: si tratta infatti di un diritto costitutivo unilaterale, per cui la dichiarazione relativa al suo esercizio, in un senso o nell'altro, è irrevocabile e -in linea di principio- implica la rinuncia definitiva alle alternative scartate (DTF 116 II 311; 109 II 41; 107 II 108 e rif.; Rep . 1999, 215; Gauch , Der Werkvertrag, ni 1581, 1688 e 1835). Il diritto di scelta del committente viene ripristinato unicamente qualora l'appaltatore sia in mora con l'esecuzione dei lavori di riparazione, quando tali lavori si rivelino oggettivamente impossibili, e se -nonostante la loro esecuzione- l'opera rimane difettosa ( Gauch , op. cit., ni 1797, 1843 e 1846), oppure ancora, in applicazione dell'art. 2 CC, se in conseguenza di particolari circostanze non vi è altro mezzo per ripristinare l'equivalenza delle reciproche prestazioni contrattuali (II CCA 11 agosto 1993 in re G./P.; DTF 107 II 348).

8. La convenuta, constatata l'esistenza d'infiltrazioni d'acqua nel garage, ha optato al principio per la riparazione gratuita dell'opera. Va dato atto che fin dall'inizio delle trattative l'attore ha ammesso la propria responsabilità, impegnandosi ripetutamente ad eliminare tali difetti. Gli interventi fatti non hanno però dato l'esito sperato, il problema delle infiltrazioni non essendo stato completamente risolto (perizia 17 luglio 2003). Il perito giudiziario ha in effetti rilevato l'esistenza di striature sulle pareti del garage, indicandone quale origine l'infiltrazione d'acqua attraverso un giunto non stagno, oppure il calore che provoca lo scioglimento del mastice utilizzato per i giunti. In entrambi i casi egli ha ritenuto l'opera difettosa per l'inadeguatezza delle scelte tecniche adottate nella realizzazione del giunto. Stante tale situazione, accertata la mancata eliminazione dei difetti nonostante l'esecuzione di lavori di riparazione, in virtù dei principi suenunciati ben si può ritenere che il diritto di scelta della committente sia rinato, cosicché essa poteva rinunciare a far riparare ulteriormente l'opera e optare invece per il risarcimento del minor valore e dei danni.

9. Il committente, in presenza di difetti può chiedere, accanto alla diminuzione della mercede in proporzione al minor valore dell'opera, cumulativamente, anche il risarcimento dei danni (art. 368 cpv. 2 CO). Per costante giurisprudenza, la cosiddetta actio quanti minoris va affrontata, per quanto è della determinazione del minor valore, in base al metodo del calcolo relativo, secondo cui la relazione tra il prezzo ridotto e quello convenuto corrisponde alla relazione tra il valore oggettivo della cosa difettosa ed il suo valore senza difetti . In quest'ambito si presume però, salvo prova contraria, che il prezzo convenuto corrisponda al valore oggettivo della

cosa, e in mancanza di indizi in senso contrario si può altresì presumere che il minor valore corrisponda al costo della riparazione (DTF 117 II 550; 116 II 313 ; Zindel/Pulver , Basler Kommentar, Obligationenrecht I, ni 40 segg. ad art. 368 CO; Rep . 1982, pag. 388). Sono invece considerati danni a'sensi di questa norma quelli che traggono origine da un difetto dell'opera o, in altre parole, che sono da considerare conseguenza dei difetti medesimi, quali ad esempio il mancato guadagno, il mancato introito da locazione, le spese preprocessuali e gli obblighi di risarcimento del committente nei confronti di terzi, ad esclusione però di quanto può essere oggetto di risarcimento nell'ambito della ricusa dell'opera, della diminuzione della mercede o della riparazione gratuita dell'opera ( Zindel/Pulver , op. cit., ni 68 segg. ad art. 368 CO).

9.1 La convenuta non ha operato una distinzione tra danno e minor valore dell'opera, considerando quest'ultimo quale parte del danno, quantificato dapprima in fr. 20'000.-, importo aumentato a fr. 101'000.- con le conclusioni, dove ha postulato la diminuzione della mercede in pari misura. Il Pretore non è entrato nel merito della problematica del minor valore, argomentando che la pretesa come formulata in sede di conclusioni era diversa dalla domanda di risarcimento del danno contenuta negli allegati introduttivi e quindi costituiva un'inammissibile modifica delle domande di causa. L'appellante censura la decisione del Pretore sostenendo - in modo invero superficiale e confuso - in sostanza che, indipendentemente dalle scelte del committente, il risarcimento del danno può sempre essere richiesto e, essendo comunque stata postulata la rifusione di un danno di fr. 72'000.- l'azione non sarebbe da ritenere mutata perché i costi di riparazione dell'opera accertati dal perito in fr. 80'000.- ed il residuo minor valore di fr. 1'000.- costituiscono un danno. Già si è detto che la convenuta ha rinunciato alla riparazione gratuita dell'opera, optando per il risarcimento del minor valore, che ha però erroneamente qualificato siccome danno. Non si può però misconoscere che sin dalla risposta di causa essa ha inteso prevalersi di un minor valore dell'opera derivante dall'esistenza di difetti. Seppure considerata quale posta di danno, la domanda di risarcimento del minor valore era quindi stata formulata. È ben vero che solo in sede di conclusioni l'appellante ha chiesto di dedurre il minor valore dell'opera dalla mercede d'appalto pattuita - peraltro senza suscitare opposizioni di sorta nella controparte -, ma ciò non consente di ritenere mutata la domanda e quindi di considerarla irricevibile. In effetti è la legge medesima ad indicare che l'esistenza di un minor valore comporta una diminuzione proporzionale della mercede (art. 368 CO), il che ha un senso laddove la mercede ancora non è stata pagata, nel qual caso essa è da ridurre. Quando invece, come nel caso concreto, la mercede già è stata pagata - o lo è stato almeno in parte e il minor valore supera l'importo residuo - il minor valore stesso comporta invero, per l'appaltatore, un obbligo di risarcimento del minor valore dell'opera. Di conseguenza la decisione del Pretore che ritiene che la domanda come formulata in sede di conclusioni costituisce una pretesa diversa da quella fatta valere con gli allegati introduttivi non può essere condivisa. La domanda di risarcimento del minor valore dell'opera deve di conseguenza essere esaminata.

9.2 Il perito giudiziario, accertata l'esistenza di infiltrazioni nel garage, ha indicato due possibili interventi per porvi rimedio: uno, radicale, del costo stimato in fr. 80'000.-, e un altro, di minore entità, per il quale ha previsto una spesa di fr. 10'000.- (perizia 17 luglio 2003, ad 7). Egli ha però anche precisato che nessuna delle due soluzioni prospettate permette di eliminare definitivamente i difetti, permanendo un minor valore residuo di fr. 1'000.- dopo l'esecuzione della variante più costosa e di fr. 20'000.- attuando quella meno dispendiosa. Ebbene, per i motivi già esposti, e non essendovi indicazioni contrarie, è da ritenere che, nel caso concreto, il minor valore dell'opera corrisponda alle spese di

riparazione. Tenuto conto poi del minor valore residuo dovuto all'impossibilità di eliminare completamente le infiltrazioni, ne risulta un minor valore complessivo variante tra un minimo di fr. 30'000 (fr. 10'000.- spese di riparazione + fr 20'000.- minor valore residuo) e un massimo di fr. 81'000.- (fr. 80'000.- spese di riparazione e fr. 1'000.- minor valore residuo). Indipendentemente dal tipo di intervento scelto per eliminare i difetti, il minor valore dell'opera è quindi comunque tale da compensare integralmente l'importo di fr. 23'350.- che il Pretore ha riconosciuto all'attore quale mercede residua. Di conseguenza l'appello dev'essere accolto e la petizione respinta, il credito fatto valere dall'attore essendo integralmente estinto per compensazione. 12. Avendo l'appellante rinunciato a impugnare la sentenza del Pretore nella misura in cui ha respinto la domanda riconvenzionale, non è qui necessario determinare se essa, quale committente dell'opera, possa chiedere la riparazione seguendo la variante più costosa oppure se, stante l'importanza della spesa che tale soluzione comporterebbe, non debba piuttosto accontentarsi di quella meno onerosa. Per gli stessi motivi, non è neppure necessario esaminare se, come essa sostiene, il Pretore avrebbe dovuto porre le spese per la prova a futura memoria integralmente a carico all'appellato. Ne discende che, in accoglimento dell'appello, la sentenza del Pretore dev'essere parzialmente riformata e la petizione respinta. La tassa di giustizia, le spese e le ripetibili della prima sede seguono la soccombenza (art. 148 CPC). Le spese di giudizio e ripetibili di seconda istanza sono poste a carico della parte appellata. Motivi per i quali, richiamati per le spese l'art. 148 CPC pronuncia: I. L'appello 24 giugno 2004 di AP 1 è accolto. Di conseguenza la sentenza 4 maggio 2004 del \_\_\_\_\_ è riformata come segue: 1. La petizione 27 marzo 1997, modificata con la replica 15 gennaio 1999, di AO 1 è respinta. 1.2. Per l'azione principale, la tassa di giustizia, fissata in fr. 3'200.- e le spese, da anticipare come di rito, sono poste integralmente a carico della parte attrice, con l'obbligo di rifondere alla convenuta fr. 4'800.- di ripetibili. 2. Invariato. 2.1. Invariato. II. Gli oneri processuali, consistenti in a) tassa di giustizia fr. 550.- b) spese fr. 50.- fr. 600.- da anticipare dall'appellante, sono poste a carico dell'appellato, il quale rifonderà a controparte fr. 800.- di ripetibili. III. Intimazione: - - Comunicazione alla Pretura della giurisdizione di Mendrisio sud. terzi implicati Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente Il segretario

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.